

El estatuto jurídico del no nacional en España: últimas reformas en materia de extranjería. El reglamento de extranjería

Alfonso Ortega Jiménez

Alfonso Ortega Jiménez es Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche (España).

alfonso.ortega@ua.es

resumen

El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, el pasado 30 de diciembre de 2004, dio luz verde al Real Decreto que aprobaba el Reglamento de la Ley Orgánica, 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. El Texto resultante, coherente en su forma y en su fondo con el marco normativo de referencia –la Ley Orgánica 4/2000 y la normativa comunitaria– es, en palabras del Ejecutivo, “fruto del esfuerzo por priorizar la inmigración legal y por perseguir más eficazmente la inmigración irregular a través de la lucha contra la economía sumergida”. En las líneas que a continuación se incluyen vamos a tratar de dar algunos apuntes acerca del Reglamento de Extranjería; partiendo del concepto de “extranjero” –pues lo primero es determinar el ámbito de aplicación subjetivo de la norma–, y su “verdadera razón de ser”: la situación del fenómeno de la inmigración en España.

summary

The Council of Ministers on the proposal of Minister of Labour and Social Affairs, last December 30, 2004, gave the green light to royal decree approving the Regulation of the Act 4/2000 of January 11, rights and freedoms of foreigners in Spain and their social integration. The resulting text, consistent in its form and in substance with the regulatory framework of reference –the Organic Law 4/2000 and Community law– is, in the words of the executive branch, “the fruit of the effort to prioritize legal immigration and by pursuing more effectively illegal immigration across the fight against the black economy”. In the lines below are included we will try to give some notes about the Regulation of Foreigners; based on the concept of “foreigner” –because the first thing is to determine the scope of the subjective standard–, and its “real reason for be”: the situation of the phenomenon of immigration in Spain.

palabras claves

reglamento / extranjeros / inmigración / integración /

keywords

regulation / foreigners / immigration / integration /

Planteamiento

1. El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, el pasado 30 de diciembre de 2004, dio luz verde al Real Decreto que aprobaba el Reglamento de la Ley Orgánica, 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LE o LOEX).¹ Parece que la nota esencial del Real Decreto aprobado por el Ejecutivo, era que se trata de la norma de extranjería con mayor grado de consenso alcanzado, ya que ha sido construido contando con los más de 4.000 folios de aportaciones de las Comunidades Autónomas, Ayuntamientos, Colegios profesionales y principales ONG's. Además de haber sido acordado con los agentes sociales en la Mesa de Diálogo, tiene el apoyo de la gran mayoría de los partidos políticos con representación parlamentaria –salvo la anunciada y esperada oposición del Partido Popular– y del Foro de Integración Social de los Inmigrantes.

El Gobierno, en línea con la participación social y el diálogo que ha fomentado en materia de extranjería, envió también el Reglamento antes de su aprobación al Consejo de Estado, al Consejo Económico y Social –en lo sucesivo, CES– y al Consejo General del Poder Judicial –en adelante, CGPJ–, organismos que han emitido un informe muy favorable al contenido de la norma.

El Nuevo Reglamento de Extranjería supuso la primera oportunidad del Ejecutivo *Zapatero* para materializar normativamente un cambio de orientación en la política migratoria, teniendo el convencimiento de que era un asunto de Estado que precisaba de la unión de todas las fuerzas políticas.

El Texto resultante, coherente en su forma y en su fondo con el marco normativo de referencia –la Ley Orgánica 4/2000 y la normativa comunitaria– es, en palabras del Ejecutivo, “fruto del esfuerzo por priorizar la inmigración legal y por perseguir más eficazmente la inmigración irregular a través de la lucha contra la economía sumergida”.

2. En las líneas que a continuación se incluyen vamos a tratar de dar algunos apuntes acerca del Reglamento de Extranjería; partiendo del concepto de “extranjero” –pues lo primero es determinar el ámbito de aplicación subjetivo de la norma–, y su “verdadera razón de ser” –la situación del fenómeno de la inmigración en España–, analizaremos: los principales elementos del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su

Integración Social, haciendo especial hincapié en el nuevo proceso de “normalización” en materia de extranjería incluido en la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Extranjería.

I.1. Concepto de “extranjero”²

3. Tradicionalmente, la condición de “extranjero” se ha venido definiendo, de una forma bastante simple, por oposición al concepto de nacional; éste ha sido el criterio acogido en el artículo 1.1. de la LE al señalar que *“se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española”*; de forma que son “extranjeras” todas aquellas personas que poseen la nacionalidad de un país distinto a España. Ahora bien, “esto es una verdad a medias” pues la cuestión no es tan sencilla como parece ya que “carecer de la nacionalidad española” y “extranjero” no son términos idénticos *stricto sensu* en cuanto al contenido de su estatuto jurídico.

4. Por el lugar de procedencia, podemos afirmar que, unos son extranjeros en términos de generalidad y otros lo son pero cualificados por su origen. Por esta razón el número 2 del artículo 1 de la LE hace la salvedad de que *“lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte”*.

Por tanto, ya no podemos hablar de “extranjeros” para referirnos a aquellos sujetos que no son españoles, pero sí pertenecen, en cambio, a un Estado de la Unión Europea o, por extensión, a un Estado de la Asociación Europea de Libre Comercio –AELC– o Espacio Económico Europeo; de forma que las normas generales de extranjería –que es donde debemos encuadrar el Nuevo Reglamento de Extranjería– no serán de aplicación al conjunto de los nacionales de un Estado de la Unión Europea o, de un Estado del Espacio Económico Europeo. Así, como bien señala el artículo 1 del Acuerdo de Schengen³, deben ser consideradas como extranjeras *“...aquellas personas que no sean nacionales de un estado miembro de la Unión europea o de los países de la AELC”*. No obstante, como bien sabemos, existen nacionales extracomunitarios a los que no se les aplican las normas generales de extranjería: familiares de españoles y de nacionales comunitarios –cónyuges, descendientes y ascendientes–, en virtud de lo previsto en el Real Decreto 240/2007.⁴

En definitiva, los nacionales extracomunitarios a los que no les

sea de aplicación ni el régimen comunitario ni el régimen previsto en un Tratado internacional en el que España sea parte –en la medida en que España, en virtud del artículo 1.2. de la LE, ha suscrito un buen número de Tratados internacionales bilaterales de amistad y colaboración, principalmente con países iberoamericanos, que contienen normas preferenciales en materia de inmigración–, habrán de estar a lo dispuesto en el régimen general de extranjería –principalmente, la LE y, a partir de ahora, el Reglamento de Extranjería–, salvo que se trate de personas expresamente excluidas del mismo –refugiados, apátridas o personas con *status* público–.

I.2. Régimen jurídico del no nacional en España

5. El Estatuto jurídico del no nacional en España –Estatuto administrativo y laboral–, en la actualidad, se encuentra sometido a una regulación legal específica. El sustrato normativo básico, como bien nos recuerda el propio CES⁵, se encuentra en la legislación de extranjería, un cuerpo legal cuya primera manifestación en España, la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, se aprobó en un momento en que todavía no se adivinaba la dimensión que adquiriría la inmigración en muy poco tiempo. Ya en plena expansión del fenómeno migratorio en España, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, derogaba la anterior. Posteriormente, tres reformas llevadas a cabo en los últimos años en esta materia operaron sucesivos cambios en su redacción: Ley Orgánica 8/2000, de 22 de febrero; de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social; Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; y Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal –en adelante, Ley Orgánica 14/2003–.

6. Además, deberíamos añadir otros textos legales que, de una

forma o de otra, tienen que ver con el *status* jurídico del extranjero en España. Así, la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de adquisición de la nacionalidad española; el Real Decreto 1325/2003, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas; la trasposición de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico se ha llevado a cabo por medio de la aprobada Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social; así como, respecto de los ciudadanos comunitarios el citado Real Decreto 240/2007.

Unido a lo anterior debemos tener en cuenta que la mencionada Ley Orgánica 14/2003 –última de las reformas de la LE–, en su Disposición Final Tercera, establecía un plazo de seis meses para que el Gobierno modificara el Reglamento de ejecución de la Ley 4/2000.

Todo ello hace del régimen jurídico del no nacional en España un cuerpo legal complejo, disperso y necesitado de refundición y simplificación.

I.3. El Nuevo Reglamento de Extranjería

7. Los “principales elementos del Reglamento de Extranjería”, apuntados por el propio Ejecutivo *Zapatero*, son los siguientes:

a) En primer lugar, el Texto plasma la voluntad de alcanzar el máximo consenso en política migratoria y, por consiguiente, desde su borrador, se han incorporado aportaciones y sugerencias de fuerzas políticas, organizaciones sindicales y empresariales, Comunidades Autónomas, Ayuntamientos, Foro para la Integración de los Inmigrantes, Colegios profesionales, y organizaciones no gubernamentales.⁶

b) En segundo lugar, el Texto resultante es coherente en su forma y en su fondo con el marco normativo de referencia, que no se limita a la LE, sino que también está formado por la normativa comunitaria y, por los diferentes Tratados internacionales en esta materia.

c) Finalmente, el Reglamento de Extranjería es fruto del esfuerzo por priorizar: por un lado, la inmigración legal; y, por otro, el establecer los instrumentos necesarios para perseguir la inmigración irregular, a través de la lucha contra la economía sumergida.

I.4. Situación del fenómeno de la inmigración en España

8. Como ya hemos apuntado anteriormente la verdadera ratio del Reglamento de Extranjería era la situación del fenómeno de la inmigración en España, que, en su día, quedó suficientemente plasmada en el Informe emitido por el propio CES, el pasado 28 de abril de 2004, sobre *La inmigración y el mercado de trabajo en España*. Dicho Informe señalaba como necesarias numerosas mejoras procedimentales y de gestión, tanto en el régimen inicial de concesión de los permisos de trabajo –el denominado “régimen general”–, como en el sistema de contingentes y, en el de contratación de trabajadores temporales. La mayoría de las sugerencias concretas que realizaba el Informe del CES se dirigían a proporcionar claridad y sencillez en el procedimiento, agilidad en la tramitación, un contacto más estrecho y permanente con los empleadores, así como una mayor eficacia y la coordinación de los distintos organismos de la Administración con competencias en la materia.

Como en anteriores informes, el CES hizo especial hincapié en reforzar los instrumentos de conexión entre la oferta de mano de obra extranjera y las demandas del tejido productivo español. En este sentido, señalaba la necesidad de mejorar la actuación de los servicios públicos de empleo en los distintos momentos de su intervención en los procedimientos de acceso de los extranjeros al trabajo en España: el contingente y el procedimiento específico para trabajadores temporales –respecto al cálculo de la “situación nacional de empleo”–, el “régimen general” –fundamentalmente, respecto a la “certificación negativa de empleo”, esto es la certificación individual de la inexistencia de desempleados del mercado de trabajo español que respondan al perfil del puesto de trabajo para el que se solicita autorización laboral–.

9. Además, el CES en el citado Informe señalaba que era necesario introducir una serie de mejoras en el contingente, tanto en su fase inicial de determinación como en su fase de gestión, a fin de procurar la consolidación y perfeccionamiento de este procedimiento, en el que se habían detectado algunos problemas de aplicación, tanto en la determinación como en la gestión del contingente:

a) Los principales problemas surgidos en la fase de determinación del contingente habían tenido que ver con la novedad del procedimiento, la premura en los plazos para realizar las estimaciones, las dificultades para determinar anticipadamente las necesidades así como la disparidad de los criterios aplicados en las comisiones ejecutivas provinciales del INEM que, en ocasiones, habían conducido a discrepancias entre el contingente aprobado y el solicitado o

incluso la no-aprobación de contingentes para algunas provincias.⁷

b) Por su parte, en la fase de gestión posterior, el desconocimiento del procedimiento, su rigidez y duración, la dificultad de las empresas para desplazarse al exterior, la desconfianza en firmar contratos sin haber tenido previamente un contacto directo con los trabajadores, la multiplicidad de pasos e instancias involucradas, la falta de información a las empresas y de contacto directo con el órgano de selección o la toma de decisiones al margen de la voluntad empresarial, eran algunos de los problemas que habían llevado a que muchas empresas que confiaban en cubrir sus necesidades por esta vía hubiesen desistido de su pretensión inicial.⁸

c) Además, los mecanismos para reasignación del cupo a distintos territorios y de ampliación del contingente habían tenido un resultado desigual. Así, mientras la reasignación había ido convirtiéndose progresivamente en un elemento de flexibilidad que mejoraba la gestión, las previsiones para la ampliación del contingente no habían permitido que ésta se produjese en casi ningún supuesto.

10. Con respecto al procedimiento de temporada, englobado en las cifras del contingente pese a contar con un procedimiento específico, se hacía preciso reconocer la mejora en su gestión y, al mismo tiempo, algunos aspectos mejorables.

11. En cuanto al régimen general, el Informe del CES indicaba que éste adolecía de una gran complejidad en su regulación, agravada por la confusión generada por la proliferación de normas de distinto rango en muy poco tiempo. El principal problema era la lentitud y falta de claridad en el procedimiento de gestión, unido a la saturación de las oficinas de extranjeros. Ello provocaba situaciones prolongadas de incertidumbre en las expectativas de los sujetos implicados incluso cuando se trataba de procedimientos relativamente sencillos como la renovación de las autorizaciones para el trabajo cuando existe un contrato o una oferta de empleo en vigor.

La necesaria supeditación legal a la situación nacional de empleo (artículo 38.1. LO 4/2000) venía condicionada por la gestión de las oficinas de los Servicios Públicos de Empleo, que se caracteriza por la falta de homogeneidad y claridad en los criterios para la emisión de las correspondientes certificaciones de “no-existencia de demandantes de empleo en el mercado nacional”. Por ello, el Informe del CES recomendaba simplificar y homogeneizar el procedimiento de certificación de que la oferta de trabajo no puede cubrirse con trabajadores de nuestro mercado de trabajo, vinculándolo al hecho de no poder satisfacer la oferta en el plazo determinado.

Por último, el CES en el citado Informe de abril de 2004 señalaba las dificultades de evaluación del funcionamiento del régimen general por las carencias de la información estadística, circunstancia que debería subsanarse, y llamaba la atención sobre el hecho de que, a diferencia del contingente, con relación al funcionamiento del régimen general no existía un procedimiento formalmente establecido de participación de los agentes sociales.

12. Por otro lado, las sucesivas reformas de la normativa de extranjería habían dificultado no sólo el acceso a la legalidad de los extranjeros que habían entrado y permanecían irregularmente en España, sino la recuperación de la situación de regularidad administrativa en supuestos en que se había perdido circunstancialmente, pero existía o podía existir a corto plazo una incorporación real al mercado de trabajo.⁹

II. Principales elementos del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social

II.1. Estructura del Nuevo Reglamento de Extranjería.¹⁰

13. Previamente al Reglamento de Extranjería, éste en su Artículo Único hace referencia al ámbito de aplicación del mismo. En la Disposición Transitoria Primera se consigna la validez de los permisos, autorizaciones o tarjetas en vigor, que conservarán su vigencia durante el tiempo para el que hubieran sido expedidos a la fecha de entrada en vigor del Reglamento. La Disposición Transitoria Segunda, relativa a las solicitudes presentadas con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento, establece que se tramitarán y se resolverán conforme a la normativa vigente en la fecha de su presentación, salvo que el interesado solicite la aplicación de lo dispuesto en el Reglamento y siempre que se acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos para cada tipo de solicitud. En la Disposición Transitoria Tercera se establece que en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor del Reglamento, los empresarios o empleadores que pretendan contratar a un extranjero podrán solicitar que se les otorgue una autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena, siempre y cuando cumplan una serie de condiciones allí establecidas.

La Disposición Derogatoria Única fija las derogaciones normativas una vez que entre en vigor el Reglamento. La Disposición Final Primera autoriza a los Ministerios implicados en la política de inmigración a dictar las normas necesarias para la ejecución y desarro-

llo de lo dispuesto en el Reglamento, siempre dentro del ámbito de sus respectivas competencias y previo informe de la Comisión Interministerial de Extranjería. La Disposición Final Segunda se refiere a la puesta en funcionamiento de la aplicación informática para la tramitación de los procedimientos. La Disposición Final Tercera señala diversas modificaciones del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, aprobado por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero. Finalmente, la Disposición Final Cuarta fija, por último, la entrada en vigor del Real Decreto y del Reglamento.

14. El Reglamento de Extranjería consta de trece títulos, distribuidos en 165 artículos y 18 disposiciones adicionales.

El Título I, relativo al régimen de entrada y salida de territorio español, comprende del artículo 1 al 20, ambos inclusive, y se encuentra estructurado en tres capítulos. El Capítulo I hace referencia a los puestos de entrada y salida y, es acorde en su regulación con lo sugerido por el CES en su citado Informe, es decir, reforzar los controles en las fronteras. Consta de tres artículos, sobre la entrada por puestos habilitados, habilitación de los mismo y su cierre. El Capítulo II, artículos 4 a 16, contempla los requisitos y prohibiciones de entrada, la documentación referida, la exigencia de visado, la justificación del objeto y condiciones de la entrada, la acreditación de medios económicos, requisitos sanitarios, prohibiciones de entrada así como la forma de efectuar la misma, la declaración de entrada ante las autoridades policiales españolas de los que accedan a territorio español procedentes de un Estado con el que España haya firmado un acuerdo de supresión de controles fronterizos y la denegación de entrada. Asimismo, en consonancia con la LE, se regulan las obligaciones de los transportistas de control de documentos y remisión a las autoridades encargadas del control de entrada de información sobre los pasajeros que vayan a ser trasladados así como en caso de denegación de entrada. El Capítulo III fija los requisitos y prohibiciones en materia de salidas.

El Título II, artículos 21 a 24, contempla las situaciones de tránsito, definiendo quiénes se encuentran en tales situaciones, la exigencia y clases de visado de tránsito, el procedimiento de solicitud y la autorización excepcional para dicho tránsito.

El Título III, artículos 25 a 32, hace referencia a la estancia en España y consta de tres capítulos. El Capítulo I señala los requisitos y procedimiento, detallando las diferentes clases de visados de

estancia y la documentación requerida para su solicitud, y el Capítulo II referido a la prórroga de estancia y su extinción, fija el procedimiento de prórroga de la misma y la extinción de su vigencia. Por su parte, el Capítulo III contempla los supuestos excepcionales de estancia, caso de supuestos de entrada o documentación irregulares y, el visado de cortesía para aquellas personas a quienes el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación lo expida, como es el caso de los titulares de pasaporte oficial diplomático o de servicio.

El Título IV, relativo a la residencia, artículos 33 a 76, consta de cuatro capítulos. El Capítulo I contempla la residencia temporal, entendiendo por tal la situación del extranjero que se encuentre autorizado a permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años, sin perjuicio de los supuestos de autorizaciones de investigación y estudio. Dicho capítulo se estructura en tres secciones: la 1ª, residencia temporal, fija el procedimiento y los requisitos para residir temporalmente en España así como los efectos y duración del visado de residencia y renovación de la autorización de dicha residencia temporal. La sección 2ª, residencia temporal en virtud de reagrupación familiar, define lo que se entiende por tal, así como qué familiares son susceptibles de reagrupar. Regula, asimismo, la reagrupación familiar por los residentes reagrupados, y el hecho de que el cónyuge reagrupado pueda obtener una autorización de residencia temporal, independiente de la del reagrupante, cuando obtenga la correspondiente autorización para trabajar. Se regula después el procedimiento para la reagrupación familiar, la vigencia de las autorizaciones de residencia por virtud de la misma y la renovación de las autorizaciones. La sección 3ª contempla las autorizaciones de residencia temporal en supuestos excepcionales, caso de razones de arraigo, razones humanitarias, razones de protección internacional como es el caso del derecho de asilo y condición de refugiado etc., así como el procedimiento para acceder a las mismas y la renovación y cese de la situación de residencia temporal amparada en dichas circunstancias excepcionales. El Capítulo II del Título IV regula los supuestos de residencia temporal y trabajo. En su Sección 1ª, residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, se establece la autorización de trabajo por cuenta ajena y los requisitos para su concesión así como el procedimiento a seguir por los empresarios que pretendan contratar a un trabajador extranjero no residente en España. Asimismo, se fijan los efectos del visado de residencia y trabajo por cuenta ajena, los supuestos de

denegación de las autorizaciones así como su renovación. La Sección 2ª, residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada, fija las actividades que se pueden desarrollar con dicha autorización así como los requisitos y el procedimiento a seguir. La Sección 3ª, residencia temporal y trabajo por cuenta propia, establece cuáles son los requisitos exigidos para la concesión de este tipo de autorización y el procedimiento para su solicitud, así como los efectos del visado, la denegación de la autorización y la renovación de la misma. La Sección 4ª, residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, define qué se entiende por tal concepto, los requisitos para su concesión, el procedimiento a seguir, la denegación de las autorizaciones de residencia y trabajo, y los efectos del visado. Finalmente, la Sección 5ª, residencia temporal con excepción a la autorización de trabajo, enumera quiénes están excepcionados de la obligación de obtener tal autorización, el procedimiento a seguir y los efectos del visado. El Capítulo III de este mismo Título estudia la residencia permanente, definiendo ésta y estableciendo los supuestos para obtenerla, el procedimiento para su solicitud y la renovación de la tarjeta de identidad de extranjero de dichos residentes permanentes. El Capítulo IV, por su parte, hace referencia a la extinción de las autorizaciones de residencia y trabajo permanente.

El Título V, artículos 77 a 83, contempla el contingente de trabajadores extranjeros. Se regula en este Título el contenido de dicho Contingente, la elaboración del mismo, el procedimiento para la contratación, y los visados para la búsqueda de empleo.

El Título VI, artículo 84, se refiere a los trabajadores transfronterizos y a quiénes se concede este tipo de autorización.

El Título VII, artículos 85 a 91, contempla la autorización para investigación y estudios, regulando los requisitos para la obtención del visado de estudios, el procedimiento a seguir para la solicitud del mismo, la renovación, la solicitud del correspondiente visado de estancia para que sus familiares entren y permanezcan en España durante el período de investigación o estudios, la posibilidad de ser autorizados a realizar actividades lucrativas laborales en instituciones públicas o entidades privadas. Asimismo, se establece un régimen especial de los estudios de especialización en el ámbito sanitario.

El Título VIII, artículos 92 a 94, regula el régimen de los menores extranjeros no acompañados así como el desplazamiento temporal de los mismos. Se establece también el régimen de residencia del hijo de residente legal.

El Título IX, artículos 95 a 99, hace mención a las modificaciones de las situaciones de los extranjeros en España, regulando la compatibilidad entre ellas y el paso de unas a otras.

El Título X, artículos 100 a 110, establece la documentación de los extranjeros. Se estructura en cinco capítulos. El Capítulo I fija los derechos y obligaciones relativos a la documentación. El Capítulo II regula el medio de acreditar la diferente situación de los extranjeros en España, mediante el pasaporte o documento de viaje, visado o tarjeta de identidad de extranjero, tarjeta de trabajador transfronterizo o de estudiante o, excepcionalmente, mediante autorizaciones o documentos válidamente expedidos a tal fin por las autoridades españolas. El Capítulo III regula la situación de los extranjeros indocumentados y el título de viaje para salida de España. El Capítulo IV contempla el Registro Central de Extranjeros, que existirá en la Dirección General de la Policía y, en la que se anotará toda la información señalada en este capítulo, así como los cambios y alteraciones de situación, mientras que en el Capítulo V se regula el Registro de menores extranjeros no acompañados.

El Título XI, artículos 112 a 155, consta de seis capítulos, y regula las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador. El Capítulo I establece una serie de normas comunes del procedimiento sancionador regulando a lo largo del mismo todo el proceso de tramitación y la caducidad y prescripción de las infracciones y sanciones. El Capítulo II, a lo largo de las tres secciones de que consta, regula las modalidades de tramitación del procedimiento sancionador, es decir, el procedimiento ordinario, el procedimiento preferente y el procedimiento simplificado. El Capítulo III, de aspectos específicos en los procedimientos sancionadores para la imposición de las infracciones de expulsión y multa, regula en su Sección 1ª las normas procedimentales para la imposición de la expulsión. La Sección 2ª contempla las normas procedimentales para la imposición de multas. El Capítulo IV hace referencia a las infracciones y sanciones en el orden social y vigilancia laboral. El Capítulo V, infracciones, sanciones y obligación de comunicación interorgánica de las mismas, pretende como ya se ha señalado una mayor coordinación de los Ministerios implicados, y el capítulo VI regula los Centros de Internamiento de Extranjeros así como la creación por Orden del Ministerio del Interior de los mismos y las normas de régimen interno de dichos centros.

El Título XII, artículos 156 a 158, regula el régimen de retorno, devolución y salidas obligatorias.

Finalmente el Título XIII, artículos 159 a 165, contempla: en su Capítulo I el régimen de las Oficinas de Extranjeros como unidades que integran los diferentes servicios de la Administración General del Estado competentes en la materia con objeto de garantizar la eficacia y coordinación en la actuación administrativa así como sus funciones; y, en su capítulo II, la red pública de centros de migraciones con el cometido de información, acogida, intervención social y formación.

15. Como ya hemos apuntado, el Reglamento de Extranjería consta de 18 Disposiciones Adicionales: la Disposición Adicional Primera establece la atribución de competencias en materia de informes, resoluciones y sanciones que, con carácter general, serán ejercidas por los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales y, por los Subdelegados del Gobierno en las provincias.

La Disposición Adicional Segunda dicta que en lo no previsto en materia de procedimientos en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 se estará a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en su normativa de desarrollo.

La Disposición Adicional Tercera señala los lugares de presentación de las solicitudes, distinguiendo si el sujeto legitimado se encuentra en territorio español o en territorio extranjero.

La Disposición Adicional Cuarta se refiere a las personas legitimadas y a la representación, y la Disposición Adicional Quinta a las normas comunes para la resolución de los visados que corresponde, con carácter general también, a las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares.

La Disposición Adicional Sexta contempla el procedimiento a seguir en materia de visados; la Disposición Adicional Séptima trata la exigencia, normativa y convenios en materia sanitaria; la Disposición Adicional Octava regula los plazos de resolución de los procedimientos; la Disposición Adicional Novena fija el silencio administrativo; la Disposición Adicional Décima versa sobre los recursos procedentes sobre concesión o denegación de visados, prórrogas de estancia o autorizaciones de residencia y trabajo, así como sobre las sanciones gubernativas y expulsiones de extranjeros; la Disposición Adicional Undécima señala que las solicitudes de visado y autorizaciones de residencia por motivos de reagrupación familiar tendrán tratamiento preferente; la Disposición Adicional Duodécima se refiere a la cobertura de puestos de confianza; la

Disposición Adicional Decimotercera establece que no es necesaria la cotización por la contingencia de desempleo de los extranjeros titulares de autorizaciones de trabajo para trabajadores transfronterizos, para actividades de duración determinada y para estudiantes; y, la Disposición Adicional Decimocuarta trata del acceso de los menores a la enseñanza no obligatoria; la Disposición Adicional Decimoquinta fija la conformación de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración integrada por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de carácter estatal; la Disposición Adicional Decimosexta establece que se desconcentrará a favor del Secretario de Estado de Seguridad la competencia para acordar, en los supuestos en los que lo requiera la seguridad del Estado o de los ciudadanos, el cierre temporal de los puestos habilitados para la entrada y salida de España; la Disposición Adicional Decimoséptima se refiere a la autorización para trabajar en España, que pueden pedir, transcurridos seis meses desde la presentación, los solicitantes de asilo; finalmente, la Disposición Adicional Decimoctava prevé la posibilidad de intervención de los representantes de las organizaciones empresariales españolas en los procesos de selección en origen de los trabajadores extranjeros.

II.2. Contenido del Nuevo Reglamento de Extranjería

16. Parece que el Reglamento de Extranjería apuesta por fomentar los instrumentos de inmigración legal. Son objeto de reforma los tres grandes sistemas de entrada de trabajadores extranjeros: el “régimen general” –contratación individual nominativa–, el contingente y, el régimen de temporada. En este sentido, y como aspectos comunes a los mismos, podemos señalar los siguientes:

a) Se establece la Consulta a un Órgano de nueva creación: la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, integrada por los agentes sociales más representativos a nivel estatal y por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración;

b) La definición de la situación nacional e empleo, indicador básico para conocer si es posible la contratación de extranjeros, ha sido refrendada por empresarios y sindicatos en su expresión objetiva a través del Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura, y

c) El Servicio Público de Empleo Estatal, publicará trimestralmente un catálogo de ocupaciones que, a la vista de la evolución del mercado laboral en el período anterior, determinará qué ocupaciones son consideradas como de difícil cobertura y, por consiguiente,

cuáles son las ofertas de empleo que podrán dirigirse a trabajadores extranjeros.¹¹

17. Otro de los instrumentos clave de inmigración legal, el Contingente, será un instrumento más ágil y flexible. Tendrá la función de servir para la contratación programada de trabajadores que se necesitan en determinados sectores. También se incluirá en el Contingente un número de visados para búsqueda de empleo para determinados sectores donde predominan las PYMES y empleadores individuales, donde el contacto directo entre empleador y trabajador es un elemento clave en la decisión de contratar. Asimismo, los visados para búsqueda de empleo dirigidos a hijos y nietos españoles habilitarán a buscar trabajo en cualquier sector de actividad aunque, como es lógico, su número será limitado.

18. Distintas del contingente, las ofertas para trabajos de temporada han sido objeto de precisión y perfeccionamiento en la mesa de diálogo social. Entre otras mejoras, las ofertas de trabajo para temporadas agrícolas serán puestas a disposición de los Servicios Públicos de Empleo de todas las Comunidades Autónomas durante quince días antes de que puedan ser tramitadas. Se garantiza por primera vez que, cuando estas ofertas salgan al exterior, es porque realmente no podrían ser ocupadas por ningún trabajador residente en ningún lugar del territorio nacional.

II.2.1. La gestión de los flujos migratorios

19. La circunstancia que abrirá o cerrará la puerta para la llegada de trabajadores inmigrantes a nuestro país será la situación nacional de empleo, que se evaluará objetivamente con catálogos de ocupaciones de difícil cobertura que tendrán un ámbito provincial. De esta manera, cuando se demuestre que la ocupación demandada por un empresario es de difícil cobertura por parte de trabajadores españoles se permitirá la contratación de un extranjero.

Por lo que se refiere al llamado “régimen general”, esto es, las autorizaciones iniciales de carácter nominativo, en ningún caso se aceptará que sirvan para la regularización encubierta de extranjeros que se hallen en España y por este motivo se denegarán las solicitudes de autorización o de visado cuando se conozca este extremo.

20. En cuanto al sistema de contingente de trabajadores extranjeros, éste funcionará como instrumento para la contratación programada, permitiendo actuaciones como la selección y la formación en los países de origen. Este sistema, que será más ágil y eficaz, podrá revisar las previsiones iniciales a lo largo del año cuantas veces sea

necesario, de manera que sólo los empleos que efectivamente se compruebe que no pueden ser cubiertos por españoles serán ofertados en el extranjero.

II.2.2. La lucha contra la inmigración irregular y la economía sumergida

21. En el terreno de la lucha contra la inmigración clandestina, el Ejecutivo, consciente de que los empleos ofertados en la economía sumergida son el principal *efecto llamada* de la inmigración irregular, con el nuevo texto quiere fomentar el protagonismo de la inspección laboral en la persecución de conductas relacionadas con la explotación laboral y con la contratación irregular de trabajadores.

22. Dentro de los supuestos de residencia por circunstancias excepcionales –arraigo laboral, arraigo social o motivos humanitarios– se mantiene la fórmula del arraigo laboral en el texto del Reglamento, aunque con el acuerdo de empresarios y sindicatos se ha optado por acotar los medios de prueba que podrán dar lugar a la demostración de la relación laboral para la concesión de una autorización por esta vía. Así, se permitirá que sean solamente las actas de Inspección definitivas y las resoluciones judiciales las que sirvan como medios de prueba, desactivando, de esta manera, la posibilidad de la exención de responsabilidad al empresario, se han prevenido las posibilidades de fraude.

También con el propósito de introducir mayores controles frente al fraude, las autorizaciones de trabajo concedidas entrarán en vigor sólo si existe afiliación y alta del trabajador en la Seguridad Social, evitando así la compraventa de ofertas de empleo de la que se lucran mafias sin escrúpulos.

II.2.3. La integración de los inmigrantes

23. Al margen de la entrada de los trabajadores, en consonancia con los fines de protección de la familia y de integración de los inmigrantes, se han incorporado mejoras notables para la reagrupación familiar. Los extranjeros residentes podrán solicitar la reagrupación de sus familiares junto con la solicitud de renovación de autorización, es decir, de seis a doce meses antes de lo que sucedía hasta el momento. Sin embargo, la superación de trabas burocráticas implicará un aumento del rigor en la exigencia de que el extranjero demuestre cumplir los requisitos para ejercer su derecho a la reagrupación, y singularmente se aumentarán los esfuerzos y se pedirá colaboración a los Ayuntamientos en la comprobación de que se cuenta con una vivienda adecuada.

24. Por otro lado, en el Reglamento de Extranjería se establece como medida para favorecer la integración de los inmigrantes, el arraigo social, concediendo una autorización de residencia temporal a los extranjeros que se hallen en España y acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, cuenten con un contrato de trabajo en el momento de la solicitud y, o bien acrediten vínculos familiares con españoles o con otros extranjeros residentes, o bien presenten un informe acreditando su inserción social emitido por el organismo competente del Ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual o por el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes.

II.2.4. La Política de Estado en materia de extranjería

25. El Ejecutivo *Zapatero*, consciente de que la inmigración es una política de Estado que debe hacerse por consenso, prevé, en la mencionada Disposición Adicional Decimoquinta del Nuevo Reglamento de Extranjería, la creación de una Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, de la que formarán parte las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de carácter estatal, que evacuará consultas sobre la propuesta trimestral de catálogo de ocupaciones de difícil cobertura y sobre la propuesta de contingente anual de trabajadores extranjeros, así como sobre las propuestas de contratación de trabajadores de temporada que se determinen; y, que será informada sobre la evaluación de los movimientos migratorios en España.

II.2.5. La gestión administrativa en materia de extranjería

26. Con el fin de dotar de agilidad y eficacia la gestión administrativa en materia de extranjería el Reglamento establece que los Ministerios que intervienen en la tramitación de expedientes de extranjería pondrán en funcionamiento, en el plazo máximo de un año, una aplicación informática común coordinada por el Ministerio de Administraciones Públicas y con acceso de los demás Ministerios implicados.

Sin perjuicio de otras utilidades, la aplicación deberá permitir:

a) El acceso, en el momento oportuno, del departamento ministerial competente para introducir o modificar aquellas informaciones que sean necesarias para la tramitación de los expedientes de extranjería en curso.

b) La comunicación entre cualquiera de los implicados, al objeto

de conocer el estado de tramitación del expediente y posibilitar la continuación del mismo.

c) La consulta del expediente en tiempo real por parte de los organismos competentes de los distintos departamentos ministeriales, incluidas las Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares. En la medida que quede garantizada la protección de datos de carácter personal y que las condiciones técnicas lo permitan, se procurará facilitar la consulta por parte del interesado, a través de conexiones de Internet, del estado de tramitación de las solicitudes de autorización de residencia o de trabajo y residencia.

d) La obtención de datos actualizados para el cumplimiento de las funciones de observación permanente de las magnitudes y características más significativas del fenómeno inmigratorio, con el objeto de analizar su impacto en la sociedad española y facilitar información objetiva y contrastada que evite o dificulte la aparición de corrientes xenófobas o racistas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 67 de la Ley Orgánica 4/2000 y el Real Decreto 345/2001, de 4 de abril, por el que se regula el Observatorio Permanente de la Inmigración.

II.3. Valoración del Nuevo Reglamento de Extranjería

27. Sin ningún género de duda, merece una valoración positiva el proceso de elaboración del Reglamento de Extranjería, en el que se han tenido en cuenta las aportaciones de las distintas Administraciones Públicas implicadas en la política migratoria, así como de los agentes sociales y otras organizaciones que desarrollan acciones en el ámbito de la inmigración; así como debe valorarse como positivo el posterior proceso de diálogo social desarrollado entre el Gobierno y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel nacional que, por primera vez, han negociado y alcanzado acuerdo sobre las materias laborales del Reglamento, circunstancia de indudable trascendencia en el contexto del mercado de trabajo español. Valoración que debe hacerse extensible a las previsiones y estipulaciones concretas que prevén la participación de empresarios y sindicatos en la regulación de los flujos migratorios.

Asimismo, también se valora positivamente la reordenación sistemática del Reglamento que ofrece una más clara comprensión de su contenido, tanto por parte de las Administraciones encargadas de su cumplimiento como de los afectados por el mismo. Igualmente el Reglamento da un paso más en la necesaria simplificación de pro-

cedimientos administrativos con la finalidad de facilitar la estabilidad y seguridad jurídica de los trabajadores extranjeros, así como de su integración social normalizada.

28. En cuanto a la valoración de los aspectos laborales tratados en el mismo, en línea con el Dictamen de 24 de noviembre del CES, debemos destacar los siguientes aspectos:

a) Considera el mercado de trabajo como principal motor de la inmigración hacia España; así, siendo la integración a través del empleo la estrategia predominante de la inmigración, el éxito de la nueva regulación pasa necesariamente por una ordenación de los flujos migratorios acorde con la situación nacional de empleo y con la normativa laboral vigente, que responda a las necesidades del mercado laboral. El éxito pasa, asimismo, por una más eficaz gestión de esta regulación, y por vincular tanto dicha regulación como su gestión a un proceso amplio y estable de interlocución con los agentes que operan en el mercado de trabajo, fundamentalmente empresarios y sindicatos.

b) Opta por la consolidación de los instrumentos existentes –“régimen general”, contingente, y régimen de temporada–, introduciendo en los mismos las pertinentes mejoras que contribuyan a su correcto funcionamiento y a una mayor transparencia en su gestión.

c) El tercer aspecto destacable estriba en el modo en que se ha abordado el tratamiento de los trabajadores inmigrantes en situación irregular. Entre otros, el Nuevo Reglamento de Extranjería permite la regularización individual por la existencia de una vinculación laboral real y efectiva, a la que denomina arraigo laboral. Por otro lado, la medida excepcional de normalización laboral, contemplada en la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto, con el objetivo de incorporar al mercado de trabajo a un importante número de inmigrantes en situación irregular que cumplan con determinados requisitos de permanencia en España, se formula exclusivamente respecto al trabajo por cuenta ajena, quedando por tanto al margen de este procedimiento los trabajadores por cuenta propia en situación irregular.

29. Ahora bien, para llevar a la práctica el nuevo texto se hace necesaria la adopción de diferentes medidas: reforzar los controles en las fronteras, potenciar la contratación en origen, y establecer una adecuada política de lucha contra la inmigración irregular, que debería acompañarse de un reforzamiento de los mecanismos de control de las infracciones relacionadas con la contratación irregu-

lar de extranjeros. De igual forma, la adecuada gestión de los flujos migratorios en las distintas vías previstas requeriría recursos materiales y humanos suficientes y cualificados, para atender a la importante demanda que exige esa gestión.

30. En este mismo contexto valorativo son dignas de mención las observaciones realizadas por el CGPJ, en su Informe de 1 de diciembre de 2004 –que se centra en los aspectos de índole jurídico-constitucional y procesal–, sobre algunos aspectos concretos del Nuevo Reglamento de Extranjería:

a) Motivación de resoluciones administrativas e integración de conceptos indeterminados: se valora positivamente que el nuevo texto cumpla con lo previsto en el artículo 20 de la LE y en la doctrina del Tribunal Constitucional aunque tal vez fuera conveniente, para una mayor claridad, el que se recordara expresamente en todos los preceptos relativos a la denegación de autorizaciones la necesidad de motivación de las mismas, ya que, al contrario de lo que ocurre con los visados, para los que, como hemos visto, sí existe una norma clara y precisa sobre el deber de motivación, puede ser insuficiente la remisión genérica que en la Disposición adicional segunda se hace a la citada Ley 30/1992. En atención al principio de seguridad jurídica, se hace necesario insistir en la necesidad de motivar las resoluciones en materia de autorizaciones y visados, ya que sólo a través de la motivación es posible proceder a fijar las causas de una denegación basada en la inexistencia de “razones humanitarias” o concretar el concepto de situación nacional de empleo, teniendo presente para ello que siempre deberá ponerse en relación con los criterios que se determinan en los citados preceptos.

b) Aspectos relacionados con la efectividad de la tutela judicial: el Nuevo Reglamento de Extranjería regula el régimen de recursos en su Disposición Adicional Décima, indicando que, en general, ponen fin a la vía administrativa, pudiendo interponerse contra los mismos los recursos administrativos o jurisdiccionales legalmente previstos, exceptuándose las resoluciones sobre solicitudes de prórroga de autorización de residencia, renovación y modificación de autorización de trabajo, y devolución, denegación de entrada, y retorno, las cuales no agotan la vía administrativa. En este sentido, parece que entra en contradicción el artículo 141.6 del nuevo texto, que regula la resolución del procedimiento de expulsión, sus efectos y ejecución, dentro de la sección dedicada a las normas procedimentales para la imposición de la expulsión, prevé la ejecución inmediata de las resoluciones de expulsión del territorio nacional

que se dicten en los procedimientos de tramitación preferente de acuerdo con las normas específicas previstas en el presente Reglamento y en la LE.

c) *Relación del régimen de extranjería con las actuaciones judiciales*: dada la redacción del artículo 45.5., en relación con lo dispuesto en el artículo 46.6. a) del Nuevo Reglamento de Extranjería, parece darse a entender que en el caso de que una persona colabore con las autoridades judiciales corresponderá a las autoridades administrativas competentes el conceder una autorización de residencia temporal por supuestos excepcionales, cuando el interés preferente de la Administración de justicia exige que sea la propia autoridad judicial la que deba tener la última palabra a la hora de acordar la concesión de la residencia, por lo que debería establecerse expresamente que una vez instada la concesión de la autorización por la autoridad judicial, la misma debe concederse siempre. No es de recibo que tenga que ser la autoridad judicial o fiscal quien deba informar a la Secretaría de Estado de Seguridad de las razones que sustentan la solicitud y ésta quien decida, y menos aún que, al amparo de lo previsto en la letra c) del precepto, tal potestad pueda delegarse, de modo que, según el caso, un Subdelegado del Gobierno o Delegado de Gobierno, pueda corregir la actividad judicial. Por otro lado, se valora positivamente la previsión del artículo 46 para la concesión de residencia temporal por motivos excepcionales cuando la solicitud ha sido presentada por una víctima de violencia doméstica, así como el hecho de que la autoridad judicial pueda acordar, con las debidas garantías para su conservación, que los bienes objeto de decomiso puedan ser utilizados provisionalmente por las unidades de extranjería en la lucha contra la inmigración ilegal tal y como prevé el artículo 118.4. del Nuevo Reglamento de Extranjería, aunque, no obstante sería conveniente que una disposición de este tipo no estuviera regulada en un reglamento sino en una norma con rango de ley, y más en concreto en el Código Penal, como norma común a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. También un juicio positivo merece el artículo 142, relativo a los extranjeros procesados o inculcados en procedimientos por delitos o faltas, al ser el juez quien, oído el Ministerio fiscal, el interesado y partes personadas, autorizará la expulsión del procesado o inculcado, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación.

d) *Procedimiento sancionador*: la previsión de internamiento del

extranjero en un Centro de Internamiento de Extranjeros, previa autorización judicial, o, en su defecto, la adopción de alguna de las medidas cautelares viene a desarrollar reglamentariamente lo previsto en el artículo 61 de la LE. Especial importancia tiene el que sea el juez de instrucción quien disponga el ingreso del extranjero expedientado en un Centro de Internamiento, previa solicitud motivada del instructor, pudiendo el juez determinar el plazo máximo de internamiento, que no excederá de cuarenta días, así como que también sea necesario contar con la decisión judicial para el ingreso del extranjero en un centro cuando no pudiera llevarse a efecto la ejecución inmediata de la medida de expulsión, y para el internamiento en casos de retorno y devolución el extranjero, si bien en estos tres últimos supuestos no estamos ante el ejercicio de potestades sancionadoras sino de ejecución forzosa para cuya efectividad, y con pleno respeto de las garantías legalmente previstas, se hace necesaria la intervención de la autoridad judicial. En consecuencia, se valora positivamente el que ahora se regule correctamente el régimen interno de los Centros de Internamiento en los artículos 153, 154 y 155 así como el que expresamente se excluya del internamiento a los menores que deben ser puestos a disposición de los servicios competentes de Protección de Menores, salvo que el juez de menores autorice el internamiento, previo informe favorable del Ministerio Fiscal y sus padres o tutores se encuentren ingresados en el mismo centro, manifiesten su deseo de permanecer juntos y existan módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar. Si bien no es materia susceptible de regulación ex novo en vía reglamentaria, sí parece oportuno llamar la atención sobre la conveniencia de que en la LE se objetiven los criterios que el Juez ha de tener en consideración a la hora de autorizar el internamiento en centros de internamiento.

e) Otras cuestiones: se considera que en el Nuevo Reglamento de Extranjería deberían haberse abordado las siguientes cuestiones:

1.- En lo que se refiere a las autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales, se debería definir el concepto de “residencia continuada”, pues la ausencia de tal definición determina que muchas personas se vean impedidas de salir del país en situaciones urgentes y graves a fin de no interrumpir esa residencia continuada, debido a que no están previstas excepciones en atención a tales situaciones.

2.- En cuanto a los “vínculos familiares”, debería extenderse el grado de parentesco al menos hasta el segundo grado, ya que en la práctica el único vínculo familiar para el arraigo son los hermanos,

permaneciendo los padres en su país de origen, lo que permitiría regularizar por parentesco a estas personas.

3.- El informe sobre inserción social actualmente lo tramitan las Juntas Municipales, en muchos casos con grandes demoras, por ello debería bastar con otros medios acreditativos de la inserción social.

4.- Por lo que respecta a los requisitos para el permiso temporal de residencia y trabajo por cuenta ajena, concretamente a la necesidad de certificación del INEM sobre la situación nacional de empleo, puede darse la circunstancia de que en algunas actividades se certifique la situación de cobertura total siendo irreal. Parece aconsejable que el Nuevo Reglamento de Extranjería permita que el empleador acredite la dificultad de contratación de nacionales, por cualquier medio de prueba admitido en derecho.

III. Reflexiones finales¹²

31. El Reglamento de Extranjería es ya una realidad, y aunque debemos aplaudir la rápida iniciativa del anterior gobierno *Zapatero*, pues se había convertido en una necesidad imperiosa contar con una nueva norma de desarrollo, tras la última reforma de la LE, parece que lo único que vamos a hacer, es poner un nuevo parche en materia de inmigración. El Reglamento de Extranjería se convirtió en la razón de ser del quinto proceso de regularización extraordinario –previamente, en los últimos años, han tenido lugar cuatro procesos de regularización extraordinarios: el primero, con motivo de la Ley 4/2000; el segundo, en virtud de la Ley 8/2000; el tercero, con ocasión del Acuerdo de inmigración entre España y Ecuador; y, el cuarto, de arraigo, en virtud del artículo 31.4. de la Ley 8/2000–.

32. Que España es y será un país de acogida no hay ningún género de duda, pues es “puerta de Europa”; de forma que ver el problema de la inmigración cada cierto tiempo con ocasión de un nuevo proceso de regularización es mirar de reojo el “problema de la inmigración”, ya que la verdadera solución no está en, de vez en cuando, abrir la puerta y regularizar a cientos de miles *sin papeles* –no podemos como decía José María Fidalgo, Secretario General de CC.OO., “hacer parches cada cuatro años, cubriendo el expediente con Reglamentos de Extranjería o procediendo a regularizaciones extraordinarias”– sino en trabajar con los países emisores de inmigrantes, esto es, trabajar en “origen”, evitando que esos cientos de miles de seres humanos se jueguen la vida por venir a nuestro país, en intentar evitar que España sea atractiva para ellos, y en convencerles, con sólidos argumentos, de que no deben abandonar su país,

aunque estoy seguro que a nadie le gustaría dejar a su familia, sus amigos, y cruzar el Estrecho en una patera para empezar de cero en un entorno que, de entrada, le será “hostil”.

33. El Reglamento de Extranjería nació con polémica y a pesar del consenso alcanzado, fue objeto de recurso de ilegalidad, que el Tribunal Supremo, en Sentencia de 8 de enero de 2007, resolvió el recurso de ilegalidad presentado por la Asociación de Chinos de Euzkadi y otras dos organizaciones no gubernamentales, entre ellas SOS Racismo. Según el Tribunal Supremo, el Gobierno cumplió eficazmente la tarea de desarrollar una Ley sobre la que pesan importantes dudas de inconstitucionalidad. Además, los recurrentes fueron condenados en costas. La condena en costas “por temeridad manifiesta”, según la sentencia, a unos recurrentes que concretaron unas demandas sin duda bien fundamentadas, debemos entenderla en clave de castigo al exceso de confianza de los mismos en la Administración de Justicia y como aviso para navegantes, o futuros litigantes.

34. En definitiva, mientras no se dé un giro de 180° en materia de inmigración, y contemplemos este fenómeno desde otra perspectiva, la inmigración seguirá siendo un “problema” para todos, y las oleadas de inmigrantes irregulares no cesarán, pues el extranjero seguirá siendo consciente de que viniendo aquí, aun siendo un *sin papeles*, encontrará trabajo, y con el tiempo será legalizado.

Referencias

1. REAL DECRETO 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005).
2. Vid. AGUELO NAVARRO, Pascual y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia, Normativa comentada sobre *Derecho de extranjería*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 29-30.
3. En la actualidad conforman el territorio Schengen los siguientes Estados: Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, República Checa, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Polonia, Portugal, Suecia y Suiza.
4. Vid. en este sentido ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso y HEREDIA SÁNCHEZ, Lerdys Saray, “El nuevo estatuto jurídico de los ciudadanos comunitarios en España”, en *IURIS. Actualidad y Práctica del Derecho*, Número 116, La Ley, Madrid, Mayo 2007, pp. 50-59.
5. Vid. Dictamen del Consejo Económico y Social, de 24 de noviembre de 2004, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, pp. 3-4.
6. Todas estas aportaciones ponen de manifiesto, como señala el propio Ejecutivo “el alto grado de implicación social en materia migratoria, así como la asunción de una responsabilidad colectiva como propia de cada uno de estos colaboradores”.
7. Señalaba el CES que “convendría por ello incorporar en esta fase mejoras tendientes a

facilitar la intervención de las organizaciones sindicales y empresariales, de modo que el contingente finalmente aprobado se ajustara más adecuadamente a las necesidades efectivas. Un calendario detallado con plazos suficientes para los informes empresariales y el análisis en las comisiones ejecutivas provinciales del INEM; la mejora en la información que se facilita con carácter previo al informe de las organizaciones empresariales así como una mayor amplitud de los plazos para el contraste de la propuesta final eran algunos aspectos que contribuirían a mejorar el funcionamiento del contingente en esta fase”.

8. De esta forma el CES concluía que “el procedimiento del contingente en esta fase debía mejorarse mediante la simplificación y agilización de trámites; la creación o refuerzo de unidades de gestión de ofertas en los países emisores de inmigración; el refuerzo del contacto directo y personalizado con las empresas, especialmente mediante la unificación de instancias de interlocución tanto en el ámbito provincial como en el país de origen, así como un margen más amplio de autonomía de las empresas en el proceso de selección que se aproxime al que tiene en el mercado nacional. Además, sería deseable la ampliación del ámbito de las ofertas nominativas, hasta entonces muy restringido”.

9. En definitiva, el Informe del CES consideraba que “un enfoque realista de la política de ordenación de los flujos migratorios laborales debería tender a la consolidación de los instrumentos existentes, introduciendo en los mismos las pertinentes mejoras que contribuyan a su correcto funcionamiento y a una mayor transparencia en su gestión. A este respecto, además de numerosas sugerencias específicas, indicaba que sería positivo introducir elementos de mayor flexibilidad que permitieran dar respuesta a situaciones individuales, en las que existe una vinculación real y efectiva al mercado de trabajo, adoptando al mismo tiempo las medidas adecuadas para evitar el denominado ‘efecto llamada’. Y a tal efecto, era un requisito imprescindible la consecución del más amplio consenso posible entre todos los agentes políticos y sociales”.

10. Vid. Dictamen del Consejo Económico y Social, de 24 de noviembre de 2004, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, pp. 10-16.

11. En este sentido, está previsto que exista un catálogo para cada provincia, así como para Ceuta y Melilla.

12. Vid. ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, “El futuro Reglamento de Extranjería” en *Las provincias*, Año 138, N° 50.533, Lunes 15 de noviembre de 2004, pp. 25 y 27; y, ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, Nota al “Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social”, en *Anuario de Derecho internacional Privado* (2005), Tomo V, Iprolex, Madrid, 2005, pp. 494-497.

Bibliografía

Manuales y monografías

P. AGUELO NAVARRO (2003), *Manual del inmigrante*, Barcelona, Editorial Océano.

P. AGUELO NAVARRO y A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ (2001), *Normativa comentada sobre Derecho de extranjería*, Valladolid, Editorial Lex Nova.

C. ESPLUGUES MOTA y otros (2004), *Nacionalidad y Extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2ª edición.

M. F. MASSÓ GARROTE (2001), *El Nuevo régimen de extranjería. Procedimientos, Formularios, Modelos y Comentarios a la Ley Orgánica 4/2000, de extranjería, tras la reforma de la Ley orgánica 8/2000*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1ª edición.

C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (Dir.) (2005), *Aspectos puntuales del Nuevo Reglamento de Extranjería*, Murcia, Ediciones Laborum.

Artículos

L. HEREDIA SÁNCHEZ y A. ORTEGA JIMÉNEZ (2004), “Últimas reformas en materia de extranjería” en *IURIS. Actualidad y Práctica del Derecho*, N° 79, Madrid, La Ley, Enero, pp. 28-36.

(2003), “¿Qué cambios ha introducido el Tribunal Supremo en el Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería?” en *IURIS. Actualidad y Práctica del Derecho*, N° 74, Madrid, La Ley, Julio-Agosto, pp. 58-60.

A. ORTEGA JIMÉNEZ (2005), “Notas sobre el Reglamento de Extranjería: Nuevo Reglamento de Extranjería. Estructura, elementos y proceso de normalización” en *IURIS. Actualidad y Práctica del Derecho*, N° 92, Madrid, La Ley, Marzo, pp. 23-32.

Textos legales y formularios

J. C. ALONSO BURÓN (Dir.); A. ORTEGA GIMÉNEZ (Coord.) y otros (2007), *Código básico de Extranjería y Nacionalidad*, Murcia, Laborum.

T. DÍAZ OLTRA (2003), *Formularios de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch.

C. ESPLUGUES MOTA y M. DE LORENZO SEGRELLES (2004), *Legislación de Extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Enlaces web recomendados

Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Alicante- Oficina Única de Extranjeros de Alicante: <http://www.consultor.com/oue/>

Ministerio del Interior: <http://www.mir.es>

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: <http://www.mtas.es>

Área de extranjería del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza: <http://www.rei-caz.es/extranjeria>

Recibido: diciembre de 2007. Evaluado: abril 2008.